

Contrato y libertad contractual

Una visión desde el derecho comercial*

Agreement and Contractual Freedom

A VIEW FROM COMMERCIAL LAW

*Alicia Ferrer Montenegro***

aferrer@movinet.com.uy

RESUMEN. Desde hace poco más de una década se viene insistiendo en nuestro país con algunas propuestas que suponen poner límites a la autonomía de la voluntad; ir hacia una contratación más equilibrada y justa; analizar la incidencia del principio constitucional de igualdad sobre la autonomía privada en la contratación y la revisión de la ecuación contractual en circunstancias de emergencia económica. Intentaremos desbrozar este pensamiento desarrollado fundamentalmente por profesor Juan BLENGIO y contrastarlo con nuestra propia visión del contrato —ley entre las partes— y del principio de la autonomía de la voluntad. Partiremos de la premisa que el título del trabajo desnuda: el contrato, herramienta esencial de la vida económica y de la comercial especialmente, necesita de contratantes libérrimos que regulen sus relaciones jurídico-patrimoniales. El contrato requiere libertad en la formación y en la ejecución. No puede ni debe un tercero, aun con los mejores propósitos, penetrar en él, alterando la voluntad de las partes.

* Este trabajo fue admitido y designados evaluadores idóneos por resolución del Consejo de Redacción del día 10 de junio de 2011. En concordancia con las evaluaciones favorables, por acta del 15 de setiembre de 2011, el Consejo de Redacción resolvió su incorporación en este número de la *Revista de Derecho* de la Universidad Católica del Uruguay.

** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UdelaR). Profesora de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y de Derecho Privado IV y V en la Facultad de Derecho de la UdelaR. Autora de libros y trabajos en revistas especializadas, y de ponencias en múltiples eventos académicos nacionales e internacionales.

PALABRAS CLAVE. Derecho comercial. Contratos comerciales. Autonomía privada. Autonomía de la voluntad.

ABSTRACT. For approximately over a decade there is an insistence in our country on a number of proposals that involve setting limits on the autonomy of the will, to move towards a more balanced and fair contracting; analyzing the effect of the constitutional principle of equality on private autonomy in contracting and reviewing a contractual equation in times of economic emergency. We will attempt to clear this thought developed mainly by Prof. Juan Blengio and contrast it with our own view of the contract –law between the parties- and with the principle of autonomy of the will. We will start from the premise shown by the title of the work: the contract, an essential tool of economy and trade in particular, has a need for self-contractors regulating their property legal relations. The contract requires freedom in the formation and implementation. Even with the best intentions, a third party cannot and should not enter it, altering the will of the parties.

KEYWORDS. Commercial Law. Commercial Contracts. Private Autonomy. Autonomy of the will.

SUMARIO. **1.** Introducción. **2.** La tesis del profesor BLENGIO. **3.** La reconducción a la ley positiva del límite específico de la autonomía privada. **4.** La inespecificidad de la perspectiva tipológica. 4.1. Libertad de elegir entre contratos típicos o atípicos. 4.2. La distinción en razón del tipo y la libertad contractual: la integración de la reglamentación particular. **5.** La seguridad jurídica. **6.** Conclusiones.

1.

INTRODUCCIÓN

Aquellos que nos dedicamos al estudio del derecho comercial seguimos con atención la evolución doctrinaria en el ámbito contractual, aunque solemos ser esquivos a la hora de trasladar nuestras reflexiones sobre ella.

Imposible resulta no registrar con máxima atención la más que interesante polémica que entre el maestro GAMARRA y un jurista y docente de primer nivel como Juan BLENGIO se ha dado respecto al principio de equilibrio contractual y la necesidad de llevar el contrato a la equidad.¹

Hemos leído con interés algunas propuestas del profesor Juan BLENGIO² que suponen poner límites a la autonomía de la voluntad, ir hacia una contratación más equilibrada y justa; la incidencia del principio constitucional de igualdad sobre la autonomía privada en la contratación y la revisión de la ecuación contractual en circunstancias de emergencia económica.

Otro tanto hemos hecho con la propuesta de VAN ROMPAEY:

En la aplicación, interpretación e integración del derecho, el Estado de Derecho social del siglo XXI impone la adopción de criterios hermenéuticos valorativos o principales que superen la

¹ Esta polémica ha quedado registrada en sucesivos trabajos publicados en el *Anuario de Derecho Civil* y la *Revista Crítica de Derecho Privado*.

² BLENGIO, Juan E.: “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo* XXVII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997; “¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXI, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001; “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisitada y que se discute”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXII y XXXIII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002 y 2003; “El principio de equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005; “La parte contractual débil”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXIX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.

rigidez del positivismo legalista (jurisprudencia de valores, principal, problemática o tópica), los que, sin desbordar el cauce normativo y ajustándose al principio constitucional de separación de poderes, permitan satisfacer las demandas de justicia de la comunidad, a cuyos efectos los principios generales de derecho asumen el rol de fecundo instrumento cuya función informadora, interpretativa y supletoria de la ley, permite llegar a la solución de justicia del caso concreto.³

Estos enfoques en principio novedosos —no por su aparición cronológica sino por el vigor con que actualmente se defienden— tienen un fuerte contenido político y social.

Nadie moralmente sano se levantará contra ideas como la igualdad, la restauración del equilibrio, dulcificar los daños que la emergencia —cualquiera que sea y mucho más cuando es generalizada— produce sobre las personas y su patrimonio.

Ya nuestro legislador decimonónico consagró el principio de favorecer al más débil, en los dos códigos que regulan el derecho privado patrimonial.

Esas leyes estudiamos, en esos principios abrevamos.

Pero, al mismo tiempo, aprendimos que la ley es el mejor refugio; que cuando se la viola o avasalla, cuando se la orilla, cuando se pretende reinterpretarla, ningún buen resultado se obtendrá, aun con la mejor de las intenciones.

Cuando la ley es dura, lo es para todos, y es ley.

Cuando la situación de desigualdad es notoria, se dictan leyes para remediarla.

Siempre es una ley la que nos permite conocer las reglas del juego de vivir en sociedad, y hoy más que nunca, con una sociedad globalizada.

En los siguientes apartados intentaremos desbrozar el pensamiento del profesor BLENGIO y contrastarlo con nuestra propia visión del contrato —ley entre las partes— y del principio de la autonomía de la voluntad.

Partiremos de la premisa que el título del trabajo desnuda: el contrato, herramienta esencial de la vida económica, necesita de contratantes libérrimos que regulen sus relaciones jurídico-patrimoniales.

Los contratantes y solo ellos saben qué es lo mejor para el negocio que se proponen realizar. Esa libertad se requiere en la formación y en la ejecución del contrato. La intervención de terceros que interpreta, integra —en definitiva, que modifica la voluntad de las partes—, cercena la libertad y esencialmente la seguridad jurídica.

En el derecho de los negocios, en el mundo mercantil, tanto nacional como internacional, esto es esencial.

³ VAN ROMPAEY, Leslie: “Reflexiones sobre los principios generales de derecho”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p. 732.

De modo que por esta vez renunciamos a nuestra condición de espectadores de polémica ajena y nos atreveremos a introducirnos en ella con el máximo de los respetos por las tesis que vienen desde el derecho civil, en tanto la teoría general del contrato nos encuentra en territorio común.

2.

LA TESIS DEL PROFESOR BLENGIO

BLENGIO centra su legítima inquietud en la justicia contractual.

Sostiene, con razón, que los códigos, las leyes, son ideas, conceptos, significaciones enmarcadas en un determinado momento histórico, de modo que cambia la significación de la ley según la evolución que marca la historia.

Hoy se presenta claramente para el profesor la necesidad de que las relaciones contractuales mantengan cierto nivel mínimo de equivalencia.

El advenimiento de los contratos en masa y de adhesión ha exiliado la noción de igualdad formal.

Ya no puede concebirse una Constitución nacional y un Código Civil que corran por caminos paralelos. Hay un cambio radical en la forma en que se interpretan las normas del derecho privado, y la legislación y la jurisprudencia comparadas nos muestran la aplicación entre los privados de las normas constitucionales como forma de interpretar la ley. Sintetizando la tesis del profesor BLENGIO:

1. Supone un desplazamiento del eje del contrato desde el requisito del consentimiento al de la causa. La atención queda puesta en la desproporción entre las prestaciones, que no es otra cosa que un *vicio* en la causa del contrato. Otorga al motivo, hasta ahora irrelevante para nuestro derecho y excluido del control jurisdiccional, un valor que la ley le niega.
2. El intercambio de prestaciones tiene implícita la noción de reciprocidad. El *sinálagma* es el resultado del contrato y cuando las partes ejecutan sus prestaciones se realiza la función económico-social del contrato, lo que la doctrina denomina *sinálagma funcional*. Cuando se produce un desequilibrio en la ecuación económica prevista originariamente por las partes, debe restablecerse el principio de igualdad, penetrando el contrato a través de la aplicación de disposiciones constitucionales.

3. Pone en revisión el concepto de autonomía de la voluntad, que resulta claramente indicado en los textos constitucionales y que ha sido fundamento de nuestro derecho privado, tanto civil como comercial.

3.

LA RECONDUCCIÓN A LA LEY POSITIVA DEL LÍMITE ESPECÍFICO DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Una de nuestras primeras lecturas en el aprendizaje del derecho comercial nos enseñó:

[...] lo que caracteriza al negocio jurídico y lo que hace de él el instrumento fundamental de la autonomía privada es la posibilidad de que las partes, aun cuando sea dentro de determinados límites, regulen las consecuencias del negocio en conformidad a los propios intereses [...] Así las partes, a través del negocio jurídico, pueden regular las propias relaciones; los efectos del negocio jurídico serán, en términos generales, esto es, en el ámbito de la autonomía de las partes, correspondientes a los propósitos prácticos a que tendían las partes al realizar el negocio.⁴

Resulta evidente que la cita responde al concepto de negocio jurídico como contrato.

En franco contraste, BLENGIO cuestiona aspectos fundamentales de la autonomía de la voluntad, como pueden ser:

- Que las partes pueden con un acto de voluntad constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales disponiendo de sus bienes o pueden obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros desde una perspectiva personal —y en consecuencia subjetiva— de sus efectos económicos.
- La libertad de determinar, con los límites impuestos por la ley, el contenido del contrato: precio, forma de pago, modo de entrega, tipo de interés, etcétera.

Advertimos que, en los tiempos que corren, el contrato ha adquirido un valor normativo muchas veces superior, de hecho, al de la ley.

⁴ ASCARELLI, Tullio: *Introducción al derecho comercial. Parte general de las obligaciones comerciales*, Buenos Aires: Ediar, 1947, pp. 189-190.

El derecho de los negocios es un derecho de origen contractual, no legislativo. La razón es su supranacionalidad.

El derecho comercial asiste hoy a la conformación de una nueva *lex mercatoria*, que se manifiesta en contratos estándar, prácticas comerciales reconocidas por los actores del tráfico mercantil, usos y costumbre, códigos de conducta, reglas y principios reconocidos y recomendados por organizaciones internacionales. Mucho de esa nueva *lex mercatoria* impregna el derecho nacional o es incorporado cuando se adoptan normas incorporadas a tratados.

Los esfuerzos de los organismos internacionales por redactar marcos normativos para que los agentes se sometan a ellos chocan muchas veces con la resistencia de los hombres de negocios, quienes necesitan de la máxima libertad para hacer su tarea.

La normativa-marco internacional es elástica, *soft*, como señalan los norteamericanos. Y es bueno que lo sea, porque permite, en el ámbito de la autonomía de la voluntad, celebrar los contratos con el contenido y la forma que las partes entienden más ajustada.

Veamos dos ejemplos.

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (o *Principios Landö*) regulan expresamente la libertad de contratar. En su artículo 1.102 indican:

Libertad contractual

(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y establecer su contenido, dentro del respeto de la buena fe y de las normas imperativas dispuestas por los presentes principios.

(2) Las partes pueden excluir la aplicación de cualesquiera de los presentes principios o derogar o modificar sus efectos, salvo que los principios hubieran establecido otra cosa.

Por su parte, los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004 disponen en su artículo 1 que las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido, y regula el carácter vinculante del contrato. Agrega en 1.3:

Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Solo puede ser modificado o extinguido conforme a lo que él disponga, por acuerdo de las partes o por algún otro modo conforme a estos Principios.

El contrato se forma con el concurso real de voluntades de dos partes y nace a partir de él un haz de obligaciones más o menos diverso y complejo, según el contrato de que se trate y cumplidos todos los requisitos esenciales para su validez que la ley exige (artículos 1246, 1247 y 1261 del Código Civil).

Cierto es que el Código Civil no ha tenido en cuenta la fuerte impronta de la economía en los contratos. No era tema de mediados de siglo XIX.

Es el gran tema desde mediados del siglo XX. La economía pone su marca en la unificación del derecho privado en Italia, introduciendo al empresario y la empresa. En la misma dirección se ha realineado el derecho europeo en general.

En cualquier caso, y en todos los casos, hay disposiciones legales concretas que se encuentran impregnadas de economicismo.

Hoy se añade a esta realidad jurídica la difusión de nuevas teorías desde la escuela de Análisis Económico del Derecho. Para esta corriente el derecho privado —y esencialmente el de los contratos— debe fincar en dos criterios básicos: la racionalidad individual y la eficiencia económica. Para ello, se considera que los sujetos intervinientes en un negocio jurídico buscan minimizar los costos de transacción mediante la introducción de términos y omisiones eficientes con el fin de asegurar la óptima confianza en la determinación del programa obligacional que se plantean.

Nuestro derecho reserva el ámbito del contrato a las relaciones jurídico-patrimoniales, pero sin considerar los fines económicos, más allá de la valoración económica que cada una de las partes realice.

Lo que constituye, regula o extingue una relación patrimonial es el acuerdo de voluntades.

Para definir este papel de la voluntad se habla de *libertad o autonomía contractual*.⁵ Es una libertad o autonomía que se manifiesta con un doble aspecto.

Negativo, en el sentido de que nadie puede ser privado de sus propios bienes o ser constreñido a ejecutar prestaciones a favor de otros contra o, en general, independientemente de su propia voluntad. El contrato no vincula sino a quien ha participado del acuerdo.

Positivo, porque las partes pueden, con un acto de voluntad, constituir, regular o extinguir relaciones patrimoniales, es decir, disponer de sus bienes y obligarse a ejecutar prestaciones a favor de otros.

Es una libertad, desde nuestra perspectiva, de determinar el contenido del contrato, dentro de los límites de la ley (cláusulas de interés, cláusulas abusivas, cláusulas restrictivas de la libertad de competencia o que alteran las reglas de la competencia en el mercado).

⁵ Conforme GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 65 ss.

4.

LA INESPECIFICIDAD DE LA PERSPECTIVA TIPOLOGICA

4.1. LIBERTAD DE ELEGIR ENTRE CONTRATOS TÍPICOS O ATÍPICOS

La posición del profesor BLENGIO restringe también la libertad de celebrar contratos atípicos o innominados, que hoy son la mayoría y fundamentalmente en el ámbito mercantil: contratos bancarios, de distribución, de transferencia de tecnología. Muchos de ellos masivos y, en consecuencia, de adhesión.

Una de las manifestaciones más claras de la libertad contractual es la facultad que la ley les concede a las partes de elegir entre los tipos contractuales previstos por la ley, según los fines que estas persigan.

Resulta evidente que esa libertad debe extenderse a la facultad de elegir celebrar contratos atípicos o innominados, esto es, celebrar contratos que no se encuentran previstos en la ley o en los códigos, sino aquellos que se practican habitualmente en el mundo de los negocios.

Adviértase que muchos de los contratos que hoy son típicos —*leasing*, *factoring*, fideicomiso, ente otros— nacieron y se difundieron a través de la práctica negocial.⁶

La creación incesante de nuevas figuras o de modalidades nuevas de figuras ya empleadas es la técnica usada habitualmente.

Es más, hay una generalizada convicción de que los contratos que se encuentran en constante evolución no deben ser regulados legislativamente, como sucede claramente con la contratación bancaria. Son contratos que viven como contratos atípicos y evolucionan conforme las necesidades económicas. La ley no puede seguirles el paso.

GALGANO sostiene:

Bajo este aspecto la libertad contractual asume un doble significado: es libertad para perseguir finalidades distintas de aquellas perseguibles con los contratos típicos, pero es también libertad para perseguir con modalidades contractuales atípicas finalidades perseguibles con contratos típicos.⁷

⁶ Gabrieli señala: “El proceso de emersión del tipo legal (y por ende la identificación de los llamados contratos nominados) se origina normalmente en la praxis del derecho de los negocios y del comercio y, luego de una sucesiva elaboración y afinamiento que va operando, también por obra de la jurisprudencia (la así llamada tipicidad jurisprudencial), el tipo, progresivamente, radicado en el tejido económico (la así llamada tipicidad social) resulta individualizado en el plano normativo”. GABRIELI, Enrico: *Doctrina general del contrato*, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 24.

⁷ *Ibíd.*, p. 68.

De modo que puede acudir a figuras típicas para obtener finalidades atípicas o combinar varias figuras contractuales para realizar intereses diversos de los que subyacen en cada contrato considerado individualmente.

4.2. LA DISTINCIÓN EN RAZÓN DEL TIPO Y LA LIBERTAD CONTRACTUAL: LA INTEGRACIÓN DE LA REGLAMENTACIÓN PARTICULAR

El tipo contractual, según la doctrina alemana, es el plano de distribución del riesgo en el contrato. Determina un margen elástico de límites. No obstante, en los contratos típicos el alea resulta normal.

La causa individualiza al tipo, que es un modelo de organización de intereses.

Cuando el contrato es atípico empieza el problema, porque deberá verse cuál es la causa prevalente y, si no puede encajar en un tipo, analizar qué disciplina aplicarle.

En línea con lo afirmado párrafos arriba, las partes pueden celebrar un contrato típico, modificando, dentro de sus límites elásticos, el alea normal, el riesgo típico.

Se regulará por las normas legales específicas para el modelo contractual elegido y, además, por las normas particulares, especiales, concretas que las partes elaboraron conforme su programa contractual.

Cuando ese programa se aparta de toda figura legal, habrá de estarse a la voluntad de los contratantes, única dueña del texto del contrato.

No obstante, deberá verificarse que no haya violación del orden público, en cuyo caso las disposiciones contractuales que lo ataquen padecerán nulidad.

Para su integración, deberá verificarse la aplicación de las disposiciones legales que más se acerquen a la construcción contractual de las partes, así como los usos y costumbres y la equidad.

Siendo la mayor parte de los contratos innominados contratos de empresa o mercantiles, los usos y costumbres adquieren particular relevancia como fuente integradora. Paradójicamente, la comunidad internacional⁸ ha recopilado muchos de esos usos y costumbres, y los ha codificado para facilitar la integración a escala universal.

No admitimos que el contrato —nominado o innominado— pueda padecer la integración correctiva, de modo que la voluntad de las partes volcada en el contrato pueda ser

⁸ “En los contratos de comercio, no ha lugar a la rescisión por causa de lesión, aunque se diga enorme o enormísima, a no ser que se probare error, fraude o simulación”.

sustituida o alterada por la voluntad de un tercero (normalmente juez) con la pretensión de devolver el equilibrio económico y aplicando los principios integradores de la buena fe y la equidad.

Es en este aspecto, desde nuestro punto de vista, que el principio de igualdad con el alcance sustentado por BLENGIO penetraría en el contrato pretendiendo corregir los desequilibrios o las desproporciones que pudieran dar lugar a la lesión calificada, al margen de la voluntad expresada por las partes en el contrato, sobre todo teniendo en cuenta el tenor del artículo 196 del Código de Comercio.⁹

Resulta trascendente por cuanto la seguridad jurídica, valor fundamental en el desarrollo de la actividad económica, quedaría marginada. Pone en cabeza del juez la corrección de las anomalías. ¿Se puede contratar con la idea de que en algún momento un tercero ajeno, por más imparcial que sea, pueda modificar el contrato?

5.

LA SEGURIDAD JURÍDICA

Georges RIPERT decía:

[...] el contrato está quebrado [...] Pero esta crisis no nos deja sin inquietud, porque permanece profundamente en el fondo de nuestros espíritus la idea de que el respeto al contrato es uno de los principios de la moral. Los moralistas no han cesado de afirmar que es preciso guardar la fe jurada. La moral nos obliga a no tratar el contrato como un hecho social del que el juez pueda extraer cualquier conclusión.

¿Hasta dónde llega la crisis de la categoría del contrato? Afecta tanto su formación como sus efectos, y repercute en los dos grandes principios que rigen la institución en los códigos como el nuestro: la libertad contractual y la fuerza obligatoria del vínculo.

¿Es posible que razones subjetivas (la necesidad, la indigencia, la ignorancia de buena parte de la población) y objetivas (concentración de capitales, globalización de los negocios, contratos de adhesión) lleven a la crisis de un concepto tan arraigado como la fuerza obligatoria del contrato?

¿Es posible que la intervención del juez cancele, modifique o sustituya obligaciones nacidas de la manifestación de voluntad de las partes?

⁹ RIPERT, Georges: *La règle morale dans les obligations civiles*, p. 37.

Entendemos que no.

Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma.

Todos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la equidad, al uso o a la ley.¹⁰

Leyendo tan clara norma, y su similar 209 del Código de Comercio, advertimos que nos permite tener conocimiento y certeza del derecho y prever las consecuencias jurídicas derivadas de las propias acciones.

Eso es seguridad jurídica, eso es estabilidad, es confianza de la gente en el derecho.

Ese valor es reconocido como fundamental para el mejor desarrollo de la actividad económica, para la captación de inversión.

Desde el análisis económico del derecho se invocan razones por las cuales no debe admitirse la justicia distributiva impuesta por un tercero (juez). Una de ellas es que el derecho opera a través de expectativas normativas, pero los contratos operan a través de expectativas fácticas que vienen aportadas por las reacciones de los individuos respecto a las normas.

Otra razón es que la reasignación de recursos que provoca la justicia distributiva penetrando el contrato celebrado carece de eficiencia, porque no puede detectarse *ex ante* quién es la parte débil y quién no en el contrato.

Finalmente, esta actitud puede llevar a desincentivar la actividad económica de los particulares y así disminuir los niveles de riqueza de la sociedad en general. La huida desde los contratos normados hacia figuras creadas por las partes perfora el concepto perseguido de justicia distributiva.

De imponerse las ideas de BLENGIO y VAN ROMPAEY, los jueces terminarán siendo la mayor fuente generadora de inseguridad jurídica, y nadie ya creará firmemente en el cumplimiento de la palabra empeñada. Habrá una crisis de confianza que obrará con desincentivo a la contratación y a la inversión.

La seguridad jurídica está en la libertad contractual y no en la protección paternalista de los jueces.

La ley ha puesto remedio a las peores asimetrías que pueden darse en las relaciones jurídico-patrimoniales. Tenemos ley que protege al consumidor, ley de usura, ley que castiga las prácticas anticompetitivas que alteran las relaciones de los operadores en el mercado, etcétera.

¹⁰ Artículo 1291 del Código Civil.

Mientras no se deroguen las disposiciones del Código Civil y de Comercio que hoy nos rigen, resistimos toda posibilidad de acoger las teorías —moralmente correctas— que sostiene el profesor BLENGIO.

6.

CONCLUSIONES

1. Nuestro derecho reserva el ámbito del contrato a las relaciones jurídico-patrimoniales, pero sin considerar los fines económicos, más allá de la valoración económica que cada una de las partes realice.

Lo que constituye, regula o extingue una relación patrimonial es el acuerdo de voluntades. Ese acuerdo se forma en un marco de libertad dado por el propio ordenamiento jurídico.

Esa libertad permite, desde nuestra perspectiva, determinar el contenido del contrato, con los límites de la ley (cláusulas de interés, cláusulas abusivas, cláusulas restrictivas de la libertad de competencia o que alteran las reglas de la competencia en el mercado).

2. Una de las manifestaciones más claras de la libertad contractual es la facultad que la ley les concede a las partes de elegir entre los tipos contractuales previstos por la ley, según los fines que estas persigan.

Esa libertad se extiende a la facultad de elegir celebrar contratos atípicos o innominados, aquellos que se practican habitualmente en el mundo de los negocios.

Puede acudir a figuras típicas para obtener finalidades atípicas o combinar varias figuras contractuales para realizar intereses diversos de los que subyacen en cada contrato considerado individualmente.

Cuando la elección recae en un programa contractual que se aparta de toda figura legal, habrá de estarse a la voluntad de los contratantes, única dueña del texto del contrato.

Deberá verificarse que no hay violación del orden público, en cuyo caso las disposiciones contractuales que lo ataquen padecerán nulidad.

Para su integración, se aplicarán las disposiciones legales que más se acerquen a la construcción contractual de las partes, y además los usos y costumbres y la equidad.

No admitimos que el contrato —nominado o innominado— pueda padecer la integración correctiva, de modo que la voluntad de las partes volcada en el contrato pueda ser

sustituida o alterada por la voluntad de un tercero (normalmente juez) con la pretensión de devolver el equilibrio económico.

3. Se insinúa una crisis de la categoría del contrato que afecta tanto su formación como a sus efectos y repercute en los dos grandes principios que rigen la institución en los códigos como los nuestros: la libertad contractual y la fuerza obligatoria del vínculo.

Se pretende que una intervención correctiva de las asimetrías que puedan darse en la etapa de ejecución devolvería la equivalencia a las prestaciones. Esto atenta gravemente contra la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica está en la libertad contractual y no en la protección paternalista de los jueces.

4. El contrato es una herramienta jurídica esencial en la interrelación económica. Requiere libertad en la formación y en la ejecución.

El contrato es la ley del mundo de los negocios. No puede ni debe un tercero, aun con los mejores propósitos, penetrar en él, alterando la voluntad de las partes.

El único límite a la libertad de las personas al contratar es la ley.

Nuestra ley consagra la autonomía de la voluntad.

5. No podemos desconocer que las normas mercantiles necesitan ser adecuadas a la realidad de los tiempos que corren, tiempos de cambios tecnológicos, de celeridad en las transacciones, de globalización de los negocios.

Tampoco pueden desconocerse las nuevas teorías y desarrollos constitucionales y jurisprudenciales. La forma de superar el atraso —si admitimos que existe— es exigir normas jurídicas ágiles, eficientes, que brinden seguridad jurídica a quienes protagonizan la vida económica y son parte interesada en los negocios.

BIBLIOGRAFÍA

- ASCARELLI, Tulio: *Introducción al derecho comercial. Parte general de las obligaciones comerciales*, Buenos Aires: Edicar, 1947.
- BLENGIO, Juan: “La autonomía de la voluntad y sus límites. Su coordinación con el principio de igualdad. Primeras reflexiones sobre un tema a discutir”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXVII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997.
- “¿Hacia una contratación más equilibrada y justa? Crónica de algunos remedios generales al desequilibrio de la relación contractual”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXI, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2001.
- “La parte contractual débil”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXIX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- “El principio de equilibrio con especial referencia a su incidencia en la ecuación contractual en la emergencia económica”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXV, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005.
- “Principio de igualdad y autonomía privada. Una cuestión revisitada y que se discute”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002, y XXXIII, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2003.
- CAFFERA, Gerardo: *Una teoría del contrato*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- COOTER, Robert, y ULEN, Thomas: *Derecho y economía*, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- DÍAZ ALABART, Silvia: *Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexiones sobre la incidencia de la ley de condiciones generales de los contratos. Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid: Lex Nova, 2000.
- GABRIELI, Enrico: *Doctrina general del contrato*, vol. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- GALGANO, Francesco: *El negocio jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- GAMARRA, Jorge: “Operación económica, coligamiento negocial e interpretación”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXXVI, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.
- “Tendencia hacia la objetivación del contrato (equilibrio contractual)”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 3, Montevideo, 2006.

- *Tratado de derecho civil uruguayo*, tomo 26, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- GHERSI, Carlos Alberto: *Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires: Astrea, 1992.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “La seguridad jurídica”, en *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 31, Buenos Aires: Depalma, 1998.
- MARTORELL, E. E.: *Tratado de los contratos de empresa*, Buenos Aires: Depalma, 1993.
- MIRANDA SERRANO, Luis, et al.: *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Barcelona: Marcial Pons, 2006.
- PÍRIZ ESPINOSA, Jorge: “Reflexiones e interrogantes en torno a la atipicidad contractual en la realidad negocial moderna y a la vigencia del pensamiento tipológico, con especial referencia al fenómeno de la conexidad contractual”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, n.º 4, Montevideo: Carlos Álvarez, 2007.
- POSNER, Richard: *El análisis económico del derecho*, 2.ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- VAN ROMPAEY, Leslie: “Reflexiones sobre los principios generales de derecho”, en *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, XXX, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.